# Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder.

## Auszug

aus der

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

**Johann Schneider**

Gerichtsreferendar aus Peine.

Referent: Geheimrat Prof. Dr. André.



Marburg

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser)

1921.

## Einleitung.

Um die Eltern in den Stand zu setzen, ihre Pflichten gegenüber dem Kinde zu erfüllen, muß ihnen die Befugnis zustehen, die Herausgabe des Kindes von vorenthaltenden Dritten zu verlangen.

## Erster Teil. Geschichtliche Uebersicht.

Das römische Recht kennt entsprechend der Gestaltung der patria potestas als eines nur dem Vater gewährten Herrschaftsrechtes über das Kind nicht ein elterliches, sondern nur ein väterliches Recht auf Herausgabe. Dieses fließt aus dem eigentumsähnlichen Verhältnis der patria potestas und war verfolgbar durch eine der Eigentumsklage nachgebildete filii vindicatio, weiterhin — und diese Art der Geltendmachung trat später, zumal im gemeinen Recht, in den Vordergrund — durch zwei Interdikte: das interdictum de liberis exhibendis und das interdictum de liberis ducendis.

## Zweiter Teil. Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder nach B.G.B.

### 1. Abschnitt: Umgrenzung der Aufgabe und des Begriffs „Kinder".

Gegenstand des elterlichen Herausgabeanspruchs sind „Kinder", d. h. Personen, die unter elterlicher Gewalt stehen. Eine Ausnahme macht die verheiratete minderjährige Tochter, hinsichtlich derer ein Herausgaberecht nicht besteht.

### 2. Abschnitt: Der Herausgabeanspruch nach § 1632 B.G.B.

Heute wird dem Vater durch § 1632 B.G.B. das Recht gegeben, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält. Das gleiche Recht steht mit der Sorge für die Person nach § 1634 der Mutter zu, die es aber nicht gegen den Vater ausüben kann.

A) Voraussetzungen. Grundlage des Anspruchs ist die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes. Den Herausgabeanspruch besitzt derjenige, der die tatsächliche Personenfürsorge hat, ohne Rücksicht darauf, ob ihm auch die elterliche Gewalt im übrigen — die Sorge für das Vermögen und die gesetzliche Vertretung — zusteht.

Auf Seiten des Beklagten ist Voraussetzung widerrechtliche Vorenthaltung. Vorenthaltung liegt vor, wenn der Beklagte zu dem Kinde in solchen Beziehungen steht, daß er dem Versuche des Berechtigten, das Kind zu sich zurückzuführen, zu widerstreben vermag und diesen Widerstand auch leistet. Normalerweise schließt jede Vorenthaltung die Widerrechtlichkeit in sich.

B) Einwendungen des Beklagten zwecks Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Die Klage wird beim Vorliegen einer Vorenthaltung durchdringen, wenn nicht der Beklagte ein von ihm zu beweisendes Recht geltend machen kann, die Herausgabe zu verweigern. Ein solches Vorenthaltungsrecht hat der Beklagte auf Grund öffentlich-rechtlicher Befugnis (Schulpflicht, Militärpflicht, Lehrvertrag). Ein Zurückbehaltungsrecht am Kinde wegen Aufwendungen, Schadensersatzansprüchen kann er nicht geltend machen. Aus einem Vertrage, durch den die Personenfürsorge überlassen wird, kann ein Dritter niemals ein Recht zur Vorenthaltung herleiten. Wohl aber besteht ein solches Recht, wenn der Vertrag zwischen den Eltern abgeschlossen wurde, für den anderen Elternteil, aber dieses auch nur solange, als das Interesse des Kindes nicht gefährdet wird. Der Anspruch auf Herausgabe ist abzuweisen, wenn er sich als offensichtlicher Mißbrauch darstellt und eine schwere Schädigung des Kindes nach sich ziehen würde (Einwendung aus dem Interesse des Kindes).

## 3. Abschnitt: Geltendmachung und Verwirklichung des Herausgabeanspruchs.

Der Herausgabeanspruch ist im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen; nicht entscheidet darüber das Vormundschaftsgericht. Das Vormundschaftsgericht kann aber nach §§ 1666, 1635 eine anderweitige Regelung der Personenfürsorge

treffen, wodurch notwendig auch der Herausgabeanspruch beeinflußt wird. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist von dem Prozeßgericht seiner Entscheidung über den Herausgabeanspruch zugrunde zu legen. Da somit zwei Verfahren — der Herausgabestreit vor dem Prozeßgericht und das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht über die Regelung der Fürsorge — nebeneinander herlaufen, könnte eine Aussetzung (§ 148 Z.P.O.) des Herausgabeprozesses bis zur Erledigung des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens angebracht erscheinen. Eine solche Aussetzung ist jedoch, da das gesetzliche Erfordernis der Präjudizialität fehlt, unzulässig.

Das Urteil kann lauten auf Herausgabe, Zuführung oder Duldung der Abholung des Kindes. Wie die Zwangsvollstreckung des Urteils zu geschehen hat, darüber schweigt das Gesetz. Richtigerweise erfolgt sie in allen drei Fällen nach § 883 Z.P.O., also durch Wegführung seitens des Gerichtsvollziehers.

## Schluß.

Die Regelung des Herausgabeanspruchs durch das B.G.B. ist nicht die glücklichste. Wissenschaftliche Bedenken, namentlich aber in der Praxis bei der Durchführung des Anspruchs sich zeigende Mißstände erheischen eine Aenderung des Gesetzes in dieser Hinsicht, und zwar in der Weise, daß die Entscheidung über den Herausgabeanspruch dem Vormundschaftsgericht an Stelle des Prozeßgerichts übertragen wird.